

学校编号: 10384

分类号_____密级_____

学 号: X200008012

UDC_____

学 位 论 文

对我国公证职能定位的若干思考 ——兼析不动产物权变动中公证参与的必要性

**Ponderations over functions of Chinese notarization
——The necessity of establishing statutory notarization in
alteration of the real estate ownership**

李 茵

指导教师姓名: 张榕 副教授

申请学位级别: 硕 士

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交时间: 2004 年 4 月

论文答辩日期: 2004 年 月

学位授予单位: 厦 门 大 学

学位授予日期: 2004 年 月

答辩委员会主席_____

评 阅 人_____

2004 年 4 月

对我国公证职能定位的若干思考

李茵

指导教师：张榕副教授

厦门大学

内 容 摘 要

公证是由法律授权的专业人员或机构对法律行为、有法律意义的文书和事实进行的证明活动。在大陆法系各国，公证制度有着预防纠纷、维护经济的正常秩序和社会和谐稳定的特殊功能，是一种重要的辅助性司法制度。我国自 20 世纪 20 年代初开始建立公证制度，主要是模仿大陆法系国家的组织体系。然而长期以来，公证在我国却仅仅停留在证明形式上，而未能真正发挥其应有的职能。在正在进行的公证体制改革中，强化公证的职能应当作为首要之务。

本文除前言、结束语外，分为四章。

第一章为公证制度产生的法理分析。简要介绍了大陆法系国家和英美法系国家公证制度的起源，分析了公证制度产生的社会经济和法制背景及其特殊的社会管理职能的确立。

第二章为大陆法系各国公证制度对公证职能的定位。概括介绍了法国等主要大陆法系国家公证制度，通过分析各国公证制度的特点、公证人的法律地位，深入探讨了公证应有的职能。

第三章为我国对公证职能的定位及实务中存在的问题。本章批驳了我国公证起源于古代“中人”的论点，阐述了我国公证立法存在的种种弊端及公证体制改革过程中出现的各类问题，探讨了上述问题的产生及造成我国公证职能定位偏差的主要原因。

第四章为完善我国公证职能设计的若干思考。阐述了笔者对公证程序和管理方面的立法建议，论述了应当以适度干预社会生活的特有职能为改革我国公证制度的价值取向，在不动产领域建立法定公证制度，探讨了树立我国公证质量理念和服务形象的相关问题。

关键词： 公证制度；职能；不动产物权变动

厦门大学博硕士论文摘要库

ABSTRACT

Notarization is a certification activity for legal behaviors、 documents and deeds conducted by certain legally authorized mechanisms or professional. In Latin notary countries, notarization is one of the major assistant judicatory systems, which boasts the special function coordinating and protecting the civil economic order and stability of the society, as well as preventing disputes. China set up the notarization system in early 20th, which was an imitator of the civil law countries. However, the function of our notarization system has been playing a limit role as a certification format. Reinforcing the functions of our notarization system should be the most important task of the proceeding notarization system innovation in China.

This paper includes four chapters altogether besides the preface and the conclusion:

Chapter 1: Presents the academic analysis of historical evaluation of notarization

This part introduces briefly the origins of notarization in Civil Law countries and in those countries that apply the Anglo-American Law system, analyses the social economic as well as legal background of notarization and the establishment of the specific social administration functions of notarization.

Chapter 2: Discusses the definitions of notarization functions of the main civil law countries

This part chiefly examines the notarization systems of some representative Latin notary countries such as France and Germany. Through a thorough analysis of characteristics of notarization and the legal status of notaries of different countries, the paper discusses the necessary functions the notarization system should have.

Chapter 3: Demonstrates the present functions of notarization and the

problems in notarial practice of China

This part rebuts the opinion that notarization has evolved from “middleman” in China, describes the disadvantages of Chinese notarization legislation and some problems in the present innovation, and investigates the main reasons of the departure of notarization functions in China.

Chapter 4: Provides implications for designs of the notarization functions

Makes suggestions in terms of legislation of notarization, explains the specific orientation, which the notarization innovation in China should pursue, and the importance of establishing statutory notarization policy in the field of real estate. This part also expounds some related issues such as the improvement of service reputation and establishment of notarization quality concepts.

Key Words: Notarization; Function; Alteration of the real estate ownership

目 录

前 言	1
第一章 关于公证制度产生的法理分析	1
一、公证制度的起源	2
二、公证制度产生、发展的法理分析	4
第二章 大陆法系各国对公证职能的定位	8
一、主要大陆法系国家公证制度简介	8
二、公证制度的特点	10
三、公证人的法律地位	12
四、公证职能分析	15
第三章 我国对公证职能的定位及实务中存在的问题	19
一、我国公证制度的由来和发展	19
二、目前我国公证业存在的主要问题	21
三、我国公证职能定位偏差的原因	28
第四章 完善我国公证职能设计的若干思考	31
一、公证立法与公证职能定位的取向	31
二、不动产物权变动领域应建立法定公证	36
三、树立我国公证的质量理念和服务形象	44
结语	47
参考文献	48

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Preface

Chapter 1 Presents the academic analysis of historical evaluation of notarization

Subchapter 1 Origin of notarization

Subchapter 2 Academic analysis of the origin and development of notarization

Chapter 2 Discusses the definitions of the notarization functions of the main civil law countries

Subchapter 1 Presentation about the notarization systems of some representative Civil Law countries

Subchapter 2 Characteristics of notarization

Subchapter 3 Legal status of notaries

Subchapter 4 Academic analysis of functions of notarization

Chapter 3 Demonstrates the present functions of notarization and the problems in notarial practice of China

Subchapter 1 Origin and development of Chinese notarization system

Subchapter 2 Problems of service in current China notarization system

Subchapter 3 Causes of the departure of notarization functions in China

Chapter 4 Provides implications for designs of the notarization functions

Subchapter 1 Legislation of notarization and orientation of the proceeding innovation

Subchapter 2 Establishment of statutory notarization policy in the field of real estate

Subchapter 3 Improvement of service reputation and establishment of notarization quality concepts

Conclusion

Bibliography

厦门大学博硕士论文摘要库

前 言

现代公证制度，按其历史渊源可以分为拉丁公证制度和英美法系国家的公证制度。拉丁公证制度是起源于古罗马等拉丁语系国家的一种公证制度，主要为大陆法系国家采用，在职能上侧重于实现国家对重大经济活动和公民重要法律行为的适度干预。而英美法系国家的公证制度，由于法律传统不同，只重视公证在形式上的证明作用，并不要求其发挥更强的社会功效。^①

我国无论从传统上还是基于现实，都更接近于大陆法系国家。无论是建国初期，还是 20 世纪 80 年代初的恢复重建，我国的公证制度在组织形式、证明原则、证书效力等方面，主要都是借鉴了大陆法系的公证模式。改革开放以来，理性已使我国走上了社会主义市场经济之路，社会主义法制建设也日趋完善。应当说，我国目前的社会条件已经具备了使公证在社会经济生活和国家法制建设中发挥其应有作用的土壤，但现实却远非如此，公证职能作用的“应然”与“已然”之间仍存在着很大的差距。这一现状形成的原因固然是多方面的，但笔者认为其中最为重要的一个方面在于，法治初始阶段和政治经济体制转轨时期我们对公证行为的性质和公证制度所应当发挥的职能作用认识不深，及由此造成的制度设计上的矛盾和社会公众对于公证制度的极端陌生。为此，笔者拟对公证职能及相关的理论和实践问题作一浅探。

^① 宫晓冰. 中国公证制度的完善[J]. 法学研究, 2003, (5): 51-57.

第一章 关于公证制度产生的法理分析

一、公证制度的起源

(一)大陆法系国家公证制度的起源

公证或有类似功能的制度曾见于各种不同的古文明社会，例如：在古埃及、古波斯、古希腊社会中，都有代村民、市民书写契约、家庭文书的专业人员，以避免口授失传或因缺乏书证而造成今后的不便。特别是古罗马时代，书记职业甚为发达，他们使用一种叫 Notae 的速记符号，并因此被称为 Notaries（“诺里达”），日后 Notary（公证）一词就是来源于此。到古罗马共和国末期，随着私有制的发展，跨国、跨地区的商品交换频繁，商人们为了保证契约的真实性以及防止印章的欺诈使用，对一些重要的文书契约不但要立字为据，还要请证人见证签字。除了 Notaries，罗马共和国内还有一种职业法律代书人——Tabelliones（“塔贝利阿尼斯”），他们具有法律知识，善于用拉丁文书写契约、遗嘱等法律文书，为当事人提供法律帮助，不仅代拟各种法律文书还在文书上签字作证明。^①起初他们作成的文书也并非公文书，所载事实在发生纠纷时需要履行一系列烦琐的手续方可确认，为了简化此类文书的认证手续，政府规定只要他们将所作文书登记并按国家档案的规定保管在政府部门，这些文书即取得公文书的效力，这也是现代公证书的证据效力的历史渊源。^②此后，“塔贝利阿尼斯”的地位日渐重要，公证人制度在罗马形成了较完备的制度，并逐渐流传于整个欧洲大陆，被认为是现代拉丁公证制度的起源。

^① 吕乔松. 公证法释论[M]. 台北: 三民书局有限公司, 1987. 1.

^② 蒋笃恒. 公证制度研究(博士学位论文)[D]. 北京: 中国政法大学, 2002. 22-24.

(二)英美法系国家公证制度的起源

在英国，公证并非普通法的观念，而是从十三世纪末才由欧洲大陆传入的。当时欧洲大陆的公证制度已趋向成熟，公证权出自于国家，由国家授予公证人执行，这恐怕就是在公证人完全是自由职业者的英国也要在 Notary 之前加上 Public 的原因。由于来往于英国和欧洲大陆之间的涉外文书，如：汇票、船运单据等，如果没有公证或认证就难以使用，为了解决此类文书的效力问题，英国的公证事务才逐渐增加。因此，当时的公证都是自愿的，且多是为了在非英美国家使用的需要。^①中世纪教会势力极为发达，欧洲大陆当时的公证人无论是世俗的还是神职人员，基本上都是由梵帝冈任命的，英国的公证制度也主要受到教会的控制，公证人主要是由教皇（或教皇授权的大主教）指定。虽然后来宗教势力日渐衰落，但英国地区公证人、普通公证人、教会公证人的资格证书均由教区主事办公处授予，且在苏格兰，教会法庭的记录官、大主教的法律秘书及其他为教会公证事务所需要的人，均可被指定为教会公证人。^②从公证事务上看，后来英国非宗教性的文书主要是由 Solicitor 办理的，也就是所谓的“小律师”，这也是目前英格兰公证人及其职务由 Solicitor 担任的原因。有关继承、订立遗嘱、签订婚姻契约、不动产买卖及现代的公司登记等非诉讼性的文书事务均由他们办理，同时，他们还往往担任财产管理的受托人，这和大陆法系的公证人有所不同。^③

美国是联邦制国家，各州的法律不尽相同，但除继承法国法律传统的路易斯安那州外，其他各州的公证都是只证明文书制作人身份及签名的真实性，并不涉及合法性。其公证人并非是经过法律考试的专业法律人士，也不禁止公证人从事其他带薪金的公职。成年美国公民（州民）只要在某州居住满一定期间，无犯罪前科、品行端正，经向州政府申请后就可取得公证人的资格，

^① 林洋港. 公证法律问题研究暨文书格式彙编[M]. 台北:台湾司法院秘书处, 1989. 279.

^② 杨遂全, 苏国强. 市场经济与公证立法[M]. 成都:四川大学出版社, 2003. 234.

^③ 林洋港. 公证法律问题研究暨文书格式彙编[M]. 台北:台湾司法院秘书处, 1989. 280.

对他人所作的法律文书加盖印章。^①且法令也可以指定其他一些官员执行公证人的任务，例如治安法官、领事官、某些军官和各级法院的官员。

在英美法系国家中，法庭通常不认为公证人证明的情况就是事实，即其公证书不具有任何执行力。因此，其公证制度的职能作用与大陆法系国家相比较弱，公证人的法律地位也相对较低。

二、公证制度产生、发展的法理分析

(一)公证制度产生的法理分析

1、公证产生的社会经济背景

“只有商品生产和交换发展到不再是个别的活动，而是不断重复的状态；只有商品生产和交换的主体不再是少数的熟悉面孔，而是不断变化着的众多陌生的人物，公证才得以产生。”^②在古罗马早期，简单商品经济的高度发达产生了对公证的社会经济需求。经济史学家曾详尽地描述了罗马时代的景象：国土迅速扩大，土地迅速集中，形成大土地所有制；奴隶劳动从家庭转入了生产领域，促进了商品生产的发展；四通八达的海陆交通将国家各部分联结成一个紧密相连的整体；财富的主要来源是商业和与此密切相关的运输业、工业；商业成为一种世界性的商业，它同所有的邻邦以及一些并不接壤的民族统统发生了商业关系，商品跨洲远销；商品的种类、数量相当之多，且在其各省之间的交易多数是生活必需品。^③商人要节约时间和精力去谋取更大的利润，因此利用代书人的知识，对他们来说是个明智的选择。

反观中国古代，农业生产的分散、细小的特点十分突出，是典型的自给自足的古代农业社会。产品交换虽然由于地域的广阔而有可观的总量，但其

^① 吕乔松. 公证法释论[M]. 台北:台湾三民书局有限公司, 1987. 2.

^② 齐树洁. 民事程序法[M]. 厦门:厦门大学出版社, 1998. 597.

^③ 罗斯托夫采夫. 罗马帝国社会经济史[M]. 厉以宁译, 北京:商务印书馆, 1985. 1.

流通仅限于农村市场或就近城乡之间的交换；货物运输基本依靠内陆，成本较高，所以长途运输的物资多为体积小、价值高的奢侈品而非生活必需品；国家的财政收入主要是赋税，且这些产品并不进入市场，国家直接经营的经济事业，特别是手工业的产品也没有进入市场。^①正因为如此，我国古代并没有真正意义上的公证。可见公证的产生与古罗马有别于其他古代农业社会的商事活动有着密切的关系。

2、公证产生的社会法制背景

在公证的产生和发展过程中，与经济因素同样重要的是社会法制需求。这是公证选择在古罗马而不是商业活动同样发达的古希腊^②诞生的原因，也是公证人最早参与社会经济管理的例证。

罗马国家不断以古代世界所没有见到过的速度吸收着相当数量的入境移民，他们被排除在市民的范畴之外，不能享受“市民法”的利益，但由于其数量之大及在商业上的主导地位，无论是从安全还是自身的利益考虑，国家必须对这些外国人的权利义务有所安排。“万民法”的产生就是这种安排的产物，其立法的初衷主要是出于维护社会秩序和商业秩序的目的，它保护奴隶制和私有财产，并保护商品交易行为，比如买卖、合伙制和合同，这促进了其中体现的当事人权利平等、当事人意思自治等观念的流行。在频繁的商事活动中，人们不自觉地会寻求一种更安全、更可靠的交易方式，国家也同样希望所有交易都能顺利进行。可这些平等、意思自治的商业活动天然就具有风险，特别是在那些跨区跨境的交易中。因此，人们开始选择由专业人士提高自己的信用度和交易的保险系数，国家也乐于接受这种有利于秩序的新事物。在罗马共和国末期，公证事务主要限于代书契约、遗嘱等法律文书及签

^① 叶茂. 中国历史上商品经济发展的基本线索、特点和阶段性——“中国历史上的商品经济”第一次研讨会纪要[J]. 中国经济史研究, 2003, (3): 155-160.

^② 佩里·安得森. 从古代到封建主义的过渡[M]. 郭方等译, 上海: 上海人民出版社, 2001. 21.

字作证，且代书人还可以按照国家的规定领取酬金。^①到罗马帝国时代，“公证”开始成为专门的法律术语。这说明统治者已经认识到公证在维护商业秩序、代行国家的某些职能方面有特殊的作用。

(二)公证制度参与社会管理职能的确立

在中世纪欧洲城市化高潮和行会制度的兴起过程中，公证制度终于作为一种较完整的体系创立起来。公证人历经商业文件登记人、商事法院的书记员，最终成为同法官一样的国家印玺执掌人，并且直接以公共权力机关代表的资格，对私人间的契约进行公证。与此同时，公证人的政治地位也得到了提高，他们和律师一样，作为辩护人，“在司法和其他对抗性程序中充当代理人方面”、“在直接协助管理行会和市政府方面”，都起着重要的作用，在城市的行政事务中扮演着重要角色。^②

在现代公证确立的过程中，一度盛行于法国的官职买卖活动使公证行业受到了严重的危害，很多公证人都处于穷困潦倒中。法国大革命后，革命者取消了特权和官职买卖制度，并打算取消公证人这种行业，但最终公证制度存活下来并得到不断发展，其原因就是公证制度本身对孕育它的特定背景下的社会付出了它特有的回报。资产阶级发现公证制度至少在以下三个方面符合他们的利益：首先，通过制作和保管财产文书，公证保护了财产所有者的私有财产，使其免受他人对其财产提出要求所带来的困扰——对私有财产的关怀；其次，公证可以提供法律咨询和公证文书的撰写，使每个被服务对象都能够明确其权利，由此推动实现自己的意愿——对意思自治的尊重；再次，通过公证处理家庭财产事务，保障每个家庭的安全和稳定，并间接维护交易安全——对社会稳定的贡献。

正因为上述理由，当时法国资产阶级对公证人的工作是赞许有加的，他

^① 饶建. 公证之一体两面性的由来[EB/OL]. <http://www.xmgz.com.cn/fxyd/fxyd2.htm>, 2004-3-10.

^② 伯尔曼. 法律与革命[M]. 贺卫方等译, 北京: 中国大百科全书出版社, 1993. 473-474.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库